

Innovatives Recht

Festschrift
für Ivo Schwander



Innovatives Recht

Festschrift für Ivo Schwander

Herausgegeben von
Franco Lorandi und Daniel Staehelin



Bibliografische Information der «Deutschen Bibliothek».

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über «<http://dnb.ddb.de>» abrufbar.

Alle Rechte, auch des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2011

ISBN 978-3-03751-396-5

www.dike.ch

Inhaltsverzeichnis

I. Generalia

PHILIPPE MASTRONARDI

Prof. Dr. iur., em. Professor der Universität St. Gallen

FLORIAN WINDISCH

Dr. iur., Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen

Der juristische Diskurs als Modell des interrationalen Diskurses 3

MARIO POSTIZZI

lic. iur., avvocato

La tutela delle generazioni future:
prima messa a punto di un problema giuridico complesso 25

II. Völkerrecht und öffentliches Recht

BERNHARD EHRENZELLER

Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität St. Gallen

RAFAEL BRÄGGER

lic. iur.

Grundsätze über die Weiterbildung
Zur Bedeutung der Grundsatzgesetzgebungskompetenz des Bundes in Art. 64a BV 45

PETER HETTICH

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Assistenzprofessor an der Universität St. Gallen

SIMONE WALTHER

M.A. HSG in Law, wissenschaftliche Assistentin an der Universität St. Gallen

Schutz (vor) der Gentechnologie
Plädoyer für einen Perspektivenwechsel 65

KERSTIN ODENDAHL

Prof. Dr. iur., ordentliche Professorin an der Universität Kiel, Co-Direktorin des Walther-Schücking-Instituts für Internationales Recht

Prozessuale Wege zur Vermeidung von Jurisdiktionskonflikten im Völkerrecht
unter besonderer Berücksichtigung des WTO-Streitbeilegungsverfahrens 87

KURT PÄRLI

*Prof. Dr. iur., Professor an der School of Management and Law, ZHAW, Winterthur,
Privatdozent an der Universität St. Gallen*

Altersgrenzen als Diskriminierungsproblem

Die Zulässigkeit von Altersgrenzen im Lichte völker-, verfassungs- und europarechtlicher
Diskriminierungsverbote 107

ANDREAS R. ZIEGLER

Prof. Dr. rer. publ. et lic. iur., LL.M., ordentlicher Professor an der Universität Lausanne

Von den Anfängen des Unterrichts im internationalen Recht in der Schweiz 125

III. Privatrecht

A. Zivilgesetzbuch

STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER

Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin, ordentliche Professorin an der Universität Bern

Der Billigkeitsentscheid

Eine Ermächtigung zu Subjektivismus und gerichtlicher Willkür? 141

ALFRED KOLLER

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, ordentlicher Professor an der Universität St. Gallen

Ist die Verabredung eines Baurechtszinses formbedürftig i.S.v. Art. 779a ZGB? 163

ALEXANDRA RUMO-JUNGO

Prof. Dr. iur., ordentliche Professorin an der Universität Freiburg

Finanzielle Sicherung Alleinerziehender 171

THOMAS SPRECHER

Dr. iur. et Dr. phil., Rechtsanwalt, LL.M.

Die Stiftung als Investorin 191

DANIEL STAEHELIN

Prof. Dr. iur., Advokat und Notar, Titularprofessor an der Universität Basel

Der sicherungseingetragene vinkulierte zinstragende Register-Schuldbrief
mit separaten Nebenvereinbarungen 209

PAUL-HENRI STEINAUER

Docteur en droit, professeur ordinaire à l'Université de Fribourg

Le débiteur cédulaire 225

ROLF VETTERLI

Dr. iur. h.c., Rechtsanwalt, ehem. Kantonsrichter

Scheidung im Alter 239

B. Obligationenrecht und Nebenerlasse

OLIVER ARTER

*lic. iur., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen,
Wissenschaftlicher Konsulent des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis
an der Universität St. Gallen*

Sorgfalt bei der Vermögensverwaltung durch Banken 257

ANDREAS BINDER

Prof. Dr. iur. et lic. oec., Rechtsanwalt, Honorarprofessor an der Universität St. Gallen

Meinrad Vetter

*Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Stv. des Präsidenten und Vizepräsidenten des Handelsgerichts
des Kantons Aargau, Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen*

Der Partizipationsschein – eine Auslegeordnung 275

ANDREAS FURRER

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., ordentlicher Professor an der Universität Luzern

Zivilrecht im Lichte des neuen Produktesicherheitsgesetzes 299

DANIEL GIRSBERGER

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., ordentlicher Professor an der Universität Luzern

JOHANNES LUKAS HERMANN

lic. iur., Advokat, wissenschaftlicher Assistent an der Universität Luzern

Reformbedarf beim pactum de non cedendo?

Das vertragliche Abtretungsverbot im Lichte neuerer Entwicklungen in Gesetzgebung
und Wirtschaftspraxis 319

THOMAS KOLLER

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, ordentlicher Professor an der Universität Bern

ALAIN MUSTER

MLaw, Rechtsanwalt, wissenschaftlicher Assistent an der Universität Bern

Die Verjährung der Gewährleistungsansprüche beim Kauf von
Kulturgütern nach schweizerischem Recht 339

HARDY LANDOLT

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt und Notar, LL.M., Titularprofessor an der Universität St. Gallen

Ersatzpflicht für «Schockschäden» 361

MICHAEL SCHÖLL

Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Chef Fachbereich Internationales Privatrecht, Bundesamt für Justiz

Verjährungsstillstand infolge Unmöglichkeit der Rechtsverfolgung
«vor einem schweizerischen Gerichte»

Überlegungen zu Art. 134 Abs. 1 Ziff. 6 OR aus internationalprivatrechtlicher Sicht 383

ROLF WATTER

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Titularprofessor an der Universität Zürich

DAVID P. HENRY

Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M.

Die Übernahme treuwidrig eingegangener Geschäfte
nach Art. 464 Abs. 2 OR als allgemeine Regel für die Schadenserledigung?

407

IV. Finanzmarktrecht

PASCAL GROLIMUND

PD Dr. iur., Advokat, LL.M., Lehrbeauftragter an den Universitäten Zürich und Basel

ALAIN VILLARD

lic. iur., wissenschaftlicher Assistent und Doktorand

Versicherungs-Wrapper in der Schweiz?

427

MYRIAM SENN

PD Dr. rer. publ., LL.M., Privatdozentin an der Universität St. Gallen

Zum Geltungsbereich des Kollektivanlagengesetzes

Die operative Gesellschaft als Knacknuss?

439

V. Internationales Privatrecht

PETER BREITSCHMID

Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich

ÜLKÜ CIBIK

lic. iur.

Rechtswahl oder Rechtsmissbrauch – Gestaltungsoption oder
«Inländerbenachteiligung»?

457

VINCENT BRULHART

Docteur en droit, professeur associé à l'Université de Lausanne et professeur titulaire à l'Université de Genève

Du contrat (d'assurance) international

471

ANDREAS BUCHER

Prof. Dr. iur., em. Professor der Universität Genf

Das BG-KKE gilt auch für das Bundesgericht 485

LORENZA FERRARI HOFER

Dr. iur., Rechtsanwältin

Die Anknüpfung von internationalen Lizenzverträgen
Versuch einer Anordnung 505

LUKAS GLANZMANN

PD Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Privatdozent an der Universität St. Gallen

Das auf die Verpfändung ausländischer Gesellschaftsanteile
anwendbare Recht 527

DOMINIQUE JAKOB

Prof. Dr. iur., M.I.L. (Lund), Professor an der Universität Zürich

PETER PICT

ass. iur., wissenschaftlicher Assistent an der Universität Zürich

Das Haager Trust-Übereinkommen und seine Geltungseinschränkungen –
ein Fass der Danaiden? 543

PETER JUNG

Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Basel

Cartesio – Irrläufer im Koordinatensystem der Niederlassungsfreiheit 563

JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ

Prof. Dr. iur., ordentliche Professorin an der Universität Bern

«Kleine Seelen, grosse Gefahr» – der Minderjährigenschutz
im Internationalen Privatrecht der Schweiz im Überblick 577

SIMON OTHENIN-GIRARD

Docteur en droit, avocat, chargé de cours à l'Université de Fribourg

Divorce international et autonomie de la volonté
Une harmonisation avec les développements récents du droit international
privé européen est-elle souhaitable? 593

GIAN PAOLO ROMANO

Docteur en droit, professeur associé à l'Université de Genève

Le droit international privé à l'épreuve de la théorie kantienne de la justice 613

VI. Internationales Zivilprozessrecht

DOMENICO ACOCELLA

Dr. iur., Rechtsanwalt und Urkundsperson

Die Qualifikation des Zahlungsbefehls, der provisorischen
Rechtsöffnung, der Aberkennungsklage und der Feststellungsklage
gemäss Art. 85a SchKG nach dem LugÜ

Bemerkungen aus Anlass von BGE 136 III 566 und der seit dem 1.1.2011 neu eingeführten
Gerichtsdefinition nach Art. 62 LugÜ

643

ANDREA BONOMI

*Docteur en droit, professeur ordinaire à l'Université de Lausanne, Vice-doyen de la Faculté
de droit et des sciences criminelles*

La compétence des juridictions des Etats membres de
l'Union européenne dans les relations avec les Etats tiers à
l'aune des récentes propositions en matière de droit de la famille
et des successions

665

YVES DONZALLAZ

Dr et Dr h.c. en droit, Juge au Tribunal fédéral

La mainlevée provisoire de l'opposition (art. 82 LP) dans la
Convention de Lugano après l'ATF 136 III 566

683

MYRIAM A. GEHRI

Dr. iur., Rechtsanwältin, Solicitor (E&W), LL.M.

Vertrag – quasi?

Abgrenzungsprobleme und Prozessplanung nach Art. 5 Nr. 1 und 3 LugÜ

Ein Versuch zur Ordnung

699

NICOLAS JEANDIN

Docteur en droit, avocat, professeur ordinaire à l'Université de Genève

Banques suisses, droit élu et for prorogé

711

MARCO LEVANTE

Dr. iur., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen

Die Reform des internationalen Unterhaltsrechts

Das Haager Unterhaltsübereinkommen und das Protokoll über das auf
Unterhaltspflichten anwendbare Recht von 2007

729

ALEXANDER R. MARKUS

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, ordentlicher Professor an der Universität Bern

Probleme der EuGVVO-Revision: Begriff der Entscheidung und
Abschaffung des Exequaturverfahrens

747

MARKUS MÜLLER-CHEN

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, ordentlicher Professor an der Universität St. Gallen

REBEKKA M. KELLER

M.A. HSG, wissenschaftliche Assistentin an der Universität St. Gallen

Wirksamkeit der Rechtshängigkeitssperre im transatlantischen Verhältnis 769

ANTON K. SCHNYDER

Prof. Dr. iur., LL.M., ordentlicher Professor an der Universität Zürich

DOROTA PACZOSKA KOTTMANN

MLaw, LL.M., wissenschaftliche Assistentin an der Universität Zürich

Zulässige Gerichtsstandsvereinbarungen in Verbrauchersachen
nach Art. 17 Nr. 3 LugÜ?

Eine Analyse im Licht des polnischen und des schweizerischen Rechts 789

VII. Nationales Prozessrecht

A. Schweizerisches Zivilprozessrecht

URS BERTSCHINGER

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, ordentlicher Professor an der Universität St. Gallen

Streitverkündungsklage und aktienrechtliche Verantwortlichkeit 811

ALEXANDER BRUNNER

PD Dr. iur., CEDR Accredited Mediator (London), Oberrichter am Handelsgericht Zürich

Geforderte Justiz

Anmerkungen zu einer umfassenden Strategie bei Zivilprozessen 835

PATRICIA EGLI

PD Dr. iur., Rechtsanwältin, LL.M., Lehrbeauftragte an der Universität St. Gallen

Dissenting Opinions

Abweichende Richtermeinungen im Schweizer Recht 849

DANIEL FÜLLEMANN

Dr. iur., wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität St. Gallen

Das erstinstanzliche Novenrecht der ZPO 863

DOMINIK GASSER

Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität Luzern

Prozessrechtliche Fragen zur Neuregelung der Organhaftung (Art. 759 OR) 881

THOMAS GEISER

Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität St. Gallen

Maximen und Prüfungskompetenz des Gerichts in
familienrechtlichen Prozessverfahren

899

MARTIN KAUFMANN

*Dr. iur., Kreisrichter/Vizepräsident Kreisgericht See-Gaster, Lehrbeauftragter an der
Universität St. Gallen*

Mitwirkungs- und Gestaltungsmöglichkeiten der Parteien
gemäss der schweizerischen Zivilprozessordnung

917

LAURENT KILLIAS

Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M.

MICHAEL KRAMER

lic. iur., Rechtsanwalt, LL.M.

THOMAS ROHNER

Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M.

Gewährt Art. 158 ZPO eine «pre-trial discovery» nach
US-amerikanischem Recht?

933

CHRISTOPH LEUENBERGER

*Prof. Dr. iur. Dr. h.c., Titularprofessor an der Universität St. Gallen,
ehem. Handelsgerichtspräsident*

Aktenschluss, Noven und Klageänderung
nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung

949

B. Öffentliches Verfahrensrecht

ULI KIESER

PD Dr. iur., Rechtsanwalt, Vizedirektor IRP-HSG Universität St. Gallen

MIRIAM LENDFERS

Dr. iur., Rechtsanwältin

Wie gut muss das Gericht ins Gesetz blicken?

Einige Überlegungen zum Grundsatz «iura novit curia» mit Blick auf die
Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht

965

RAINER J. SCHWEIZER

Prof. Dr. iur., Advokat, em. Professor der Universität St. Gallen

Anforderungen der EGMR-Rechtsprechung an die internationale
Amts- und Rechtshilfe

Im Kontext eines europäischen Paradigmenwechsels

985

VIII. Schiedsverfahren und Mediation

LARA M. PAIR

Dr. iur., JD (Emory University)

Authority Allocation

Decision Making Authority of Arbitration Institutions 1013

VITO ROBERTO

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Professor an der Universität St. Gallen

ANNINA WIRTH

M.A. HSG, Rechtsanwältin, wissenschaftliche Assistentin an der Universität St. Gallen

Mediation in Wirtschaftsstreitigkeiten 1027

MARCO STACHER

Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M.

«Die Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu beachten»

Zur Regel und ihrer Bedeutung bei Korruptionsverdacht in Schiedsverfahren 1041

IX. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

FRANCO LORANDI

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Titularprofessor an der Universität St. Gallen

Konkursprivilegien – wehret dem grassierenden Wildwuchs

Eine kritische Durchsicht der geltenden Privilegienordnung 1059

ADRIAN STAEHELIN

em. Prof. Dr. iur. Dr. h.c., a.Appellationsgerichtspräsident

Der Beginn der Verdachts- und Verwirkungsfrist der paulianischen Anfechtung

1083

X. Strafrecht

MARIANNE JOHANNA HILF

Prof. Dr. iur., ordentliche Professorin an der Universität St. Gallen

Privatrechtliche Elemente im Strafrecht?

Restorative Strafjustiz 1099

MARCEL ALEXANDER NIGGLI

Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor und Dekan, Universität Freiburg

NADINE HAGENSTEIN

MLaw, Diplomassistentin an der Universität Freiburg

Virtualität, Realität, Sexualität und Konsum

Zur geplanten Revision der Pornographie-Strafnorm (Art. 197 StGB) und
den Schwierigkeiten mit Schein und Sein

1109

HANS WIPRÄCHTIGER

Dr. iur., Bundesrichter Lausanne

Überflüssige Revisionen des Strafgesetzbuches

Oder: Wie Medien und Politik trotz Kriminalitätsrückgangs das Strafrecht
verschärfen wollen und was dagegen zu tun ist

1133

Lebenslauf IVO SCHWANDER

1143

Schriftenverzeichnis IVO SCHWANDER

1145

Altersgrenzen als Diskriminierungsproblem

Die Zulässigkeit von Altersgrenzen im Lichte völker-, verfassungs- und europarechtlicher Diskriminierungsverbote

KURT PÄRLI

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung und Fragestellung	107
II.	Rechtsquellen des Verbots der Altersdiskriminierung	110
	A. Altersdiskriminierungsverbot in völkerrechtlichen Menschenrechtsverträgen	110
	B. Altersdiskriminierungsverbot im Recht der Europäischen Union	114
	1. Das primärrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung	114
	2. Sekundärrechtliche Konkretisierung	116
III.	Rechtfertigungsgründe für Altersgrenzen	118
	A. Schweizerische Gerichtspraxis	118
	B. Rechtfertigungspraxis des EuGH	121
	C. Fazit	123

I. Einleitung und Fragestellung

Nach Art. 8 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV) darf niemand diskriminiert werden, namentlich nicht aus einer Reihe von Merkmalen, die einen nicht oder nur schwer aufgebaren Teil der Persönlichkeit eines Menschen auszeichnen. Zu diesen Merkmalen – die Liste ist abschliessend – zählen neben dem Geschlecht, der Herkunft, der Rasse, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung, einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung auch das Alter¹. Die Bedeutung des Diskriminierungsverbots

¹ Das Merkmal «Alter» war weder im Vernehmlassungsentwurf des Bundesrates noch in der bundesrätlichen Vorlage zur Nachführung der BV vorgesehen, es fand erst in der parlamentarischen Debatte Eingang in den Katalog verbotener Diskriminierungsgründe, siehe AB 1998 Nationalrat, Separatdruck, S. 176, AB 1998 Ständerat, S. 155, AB 1998 Ständerat, Separatdruck, S. 415 f.

wegen des Alters ist rechtsdogmatisch zumindest in der Schweiz noch wenig ausgeleuchtet². In der rechtspolitischen Debatte wurde vorwiegend die Frage der Zulässigkeit von Altersschränken für politische Ämter und Behörden diskutiert³. In einigen Kantonen und Gemeinden finden sich Altersgrenzen von 65, 70 oder 75 Jahren. Solche Zugangsbarrieren sind im Lichte des Diskriminierungsverbots aufgrund des Alters problematisch. Sie berühren überdies die in Art. 34 BV verankerten politischen Rechte. In Beantwortung einer parlamentarischen Motion erachtet der Bundesrat Altersschränken für politische Ämter generell als untaugliches Instrument⁴. Markus Schefer und René Rhinow kommen in ihrem Rechtsgutachten zur Prüfung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit zum Schluss, bei Organen mit primär legislativer Funktion seien Altersgrenzen gänzlich unzulässig, während sie für die Mitglieder von Exekutivbehörden in engen Grenzen zulässig sein können⁵.

Altersgrenzen finden sich auch für Professoren. So bestimmt Art. 45 des Universitätsstatus der Universität Sankt Gallen⁶, dass Dozierende bis längstens zum Schluss des Semesters tätig sein können, in dem sie das 65igste Lebensjahr vollenden. Über dieses Alter hinaus können in besonderen Fällen Lehraufträge erteilt werden. Aufsehen erregte vor einigen Jahren der Fall des ETH-Professors Kurt Wüthrich, der im Alter von 64 Jahren den Nobelpreis für Chemie erhalten hatte, jedoch aufgrund der ETH-Dozentenverordnung mit 65 Jahren in den Ruhestand versetzt wurde. Wüthrich sah sich gezwungen, seine Forschungstätigkeit in die USA zu verlegen⁷. Zwischenzeitlich wurde die einschlägige Personalordnung geändert, so dass an der ETH eine professorale Tätigkeit über das 65igste Altersjahr hinaus möglich ist⁸. Das Bundesgericht hat sich bis heute nicht zur Frage der Zulässigkeit von Altersgrenzen für Professoren geäußert; es erachtete indes eine Altersgrenze von 70 Jahren für freie Notare

² Über die Kommentierungen von Art. 8 Abs. 2 der BV hinaus ist auf die Habilitationsschrift von Bernhard Waldmann zu verweisen, der sich vergleichsweise ausführlich mit der Thematik befasst, siehe: BERNHARD WALDMANN, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz – unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote einerseits und der Rechtslage in den USA, in Deutschland, Frankreich sowie im europäischen Gemeinschaftsrecht andererseits, Bern 2003, S. 17 ff.; 732 ff.

³ Siehe dazu die Motion Egerszegi-Obrist, 02.3413, der Nationalrat hat die Motion am 21. März 2003 als Postulat überwiesen und die einfache Anfrage von Maury-Pasquier, 00.1022 vom 15. März 2000.

⁴ Bericht des Bundesrats über Altersschränken auf kantonaler und kommunaler Ebene für Mitglieder der Exekutive und der Legislative vom 21. April 2004.

⁵ MARKUS SCHEFER/RENÉ RHINOW, Zulässigkeit von Altersschränken für politische Ämter aus Sicht der Grundrechte, in: Jusletter vom 7. April 2003, Rz. 155 ff. (Zusammenfassende Ergebnisse).

⁶ Universitätsstatut vom 25. Oktober 2010, Gallex 217.15.

⁷ Bericht Altersschränken (Fn. 4), S. 25.

⁸ Art. 14 der ETH-Professorenverordnung (SR 172.220.113.40) hält fest: In begründeten Ausnahmefällen kann der ETH-Rat auf Antrag der Präsidentin oder des Präsidenten der ETH mit einer Professorin oder einem Professor eine Anstellung über die Altersgrenze nach Artikel 21 AHVG hinaus vereinbaren.

als zulässig. Das Bundesgericht begründete seinen Entscheid mit den im Alter abnehmenden körperlichen und geistigen Fähigkeiten, was einer tadellosen Ausführung der Notarsfunktion entgegenstehe⁹. Die neuere Altersforschung zeigt, dass solche generalisierenden Annahmen einer näheren Betrachtung kaum standhalten¹⁰. Zum einen verläuft der Alterungsprozess in hohem Masse individuell und zum anderen besteht ein vielfach ungenutztes Potential, auch im Alter Entwicklungs- und Handlungspotentiale zu mobilisieren¹¹. Die zu statistischer Diskriminierung führenden – auf unbewiesenen Annahmen basierenden Generalisierungen (die Alten sind so) – rechtlichen Probleme sind noch kaum erkannt¹².

Das Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters berührt nicht nur Altersgrenzen, die sich für ältere Menschen nachteilig auswirken. So hat das Bundesgericht entschieden, der Ausschluss Minderjähriger vom Hilfsmittelanspruch stelle eine verbotene Ungleichbehandlung aufgrund des Alters dar. In den parlamentarischen Debatten seien neben den Betagten ausdrücklich auch Kinder und Jugendliche als diskriminierungsgefährdete Gruppe genannt worden¹³. Im konkreten Fall liess sich für die Unterscheidung Minderjährige/Nichtminderjährige kein sachlicher Rechtfertigungsgrund anbringen¹⁴. Die Frage, welches Alter vor Diskriminierung geschützt ist, beantwortet sich je nach Rechtsquelle unterschiedlich. So gilt der American Age Discrimination in Employment Act (ADEA) ausdrücklich erst für Arbeitnehmende ab dem 40igsten Altersjahr¹⁵. Demgegenüber sind die EU-rechtlichen Diskriminierungsverbote aufgrund des Alters grundsätzlich neutral¹⁶. Das US-amerikanische Diskriminierungsverbot im AEDA ist in seinem Anwendungsbereich auf Arbeitsverhältnisse beschränkt und der US-Supreme Court anerkannte das Verbot der Altersdiskriminierung bis jetzt nicht als Menschenrecht¹⁷. Dagegen bildet das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters einen primärrechtlichen allgemeinen Rechts-

⁹ BGE 124 I 297 E. 4 (Altersgrenze von 70 Jahren für freie Notare im Kanton Neuenburg), bestätigt in BGE 133 I 259 E. 4.2. In dieser Entscheidung ging es um die Zulässigkeit der Senkung der Altersgrenze für Notare von 80ig auf neu 77ig Jahren im Kanton Basel-Stadt.

¹⁰ Zum Forschungsstand Altersdiskriminierung siehe: <http://www.altersdiskriminierung.ch/index.php?id=38> (Zugriff: 6.4.2011).

¹¹ Siehe statt vieler: JOHN GRIMLEY EVANS: «Age Discrimination: Implications of the Ageing Process», in: Sandra Fredman/Sarah Spencer (Hrsg.), *Age as an Equality Issue – Legal and Policy Perspectives*, 2003, S. 11 ff.

¹² Zur statistischen Diskriminierung als Rechtsproblem siehe umfassend: GABRIELE BRITZ, *Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung – verfassungsrechtliche Grenzen statistischer Diskriminierung*, Tübingen 2008.

¹³ BGE 126 V 70 E. 4c/bb.

¹⁴ BGE 126 V 70 E. 4c/cc.

¹⁵ Section 631 (a) Age Discrimination in Employment Act (ADEA) of 1967, Pub. L. No. 90-202Code.

¹⁶ FELIPE TEMMING, *Altersdiskriminierung im Arbeitsleben – eine rechtsmethodische Analyse*, München 2008, S. 55.

¹⁷ So ausdrücklich in: US-Supreme Court vom 25.6.1976, *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*, 427 U.S. 307, 313. Zum Ganzen siehe TEMMING (Fn. 16), S. 7.

grundsatz des Unionsrechts¹⁸ und ist überdies in Art. 21 der Grundrechtscharta der Union verankert¹⁹. EU-rechtlich ist geboten, Differenzierungen aufgrund irgendeines Alters in allen Lebensbereichen zu unterlassen, sofern nicht besondere Rechtfertigungsgründe eine Ungleichbehandlung erlauben²⁰.

Nach dieser ersten Annäherung an die diskriminierungsrechtliche Problematik von Altersgrenzen drängen sich vertiefte Betrachtungen und eine Systematisierung der Problemlagen auf. Überblicksmässig wird vorerst die Verankerung des Verbots der Altersdiskriminierung in völkerrechtlichen Menschenrechtsverträgen und im Recht der Europäischen Union dargestellt. Anschliessend wird im Lichte bisheriger Rechtsprechung der Fokus auf die Rechtfertigungshürden für Altersdiskriminierung gelegt. Im Kern geht es um die Frage, in welchen Konstellationen Altersgrenzen zulässig sind bzw. zulässig sein sollen.

II. Rechtsquellen des Verbots der Altersdiskriminierung

A. Altersdiskriminierungsverbot in völkerrechtlichen Menschenrechtsverträgen

Schutz vor Diskriminierung bildet seit Ende des Zweiten Weltkrieges fester Bestandteil des internationalen Menschenrechtsschutzes²¹. In zahlreichen völkerrechtlichen Abkommen finden sich Diskriminierungsverbote, die den Ratifikationsstaaten die Pflicht auferlegen, innerstaatlich für wirksamen Diskriminierungsschutz zu sorgen, namentlich auch in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen²². Im menschenrechtlichen Diskriminierungsschutz haben die Diskriminierungsmerkmale «Rasse» und die damit in einem engen Zusammenhang stehenden Merkmale «Hautfarbe», «nationale und soziale Herkunft», «nationale Minderheit» sowie «Volkstum» einerseits und «Geschlecht» andererseits eine überragende Bedeutung. Diese Merkmale sind so-

¹⁸ EuGH v. 22.11.2005, Rs. C-144/04, Mangold, Rz. 73.

¹⁹ In der Entscheidung Küçükdeveci hat der EuGH ausdrücklich auf das Diskriminierungsverbot auf Art. 21 der Grundrechtscharta der Union Bezug genommen, siehe EuGH vom 19. Januar 2010, Rs. C-555/07, Küçükdeveci, Rz. 21 f.

²⁰ So sieht z.B. Art. 6 Abs. 1 RI 2000/78/EG vor, dass Ungleichbehandlungen wegen des Alters keine Diskriminierung darstellen, sofern sie objektiv und angemessen sind und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel, namentlich in den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung, gerechtfertigt werden können. Die Mittel zur Erreichung dieses Ziels müssen überdies objektiv und angemessen sein.

²¹ WALTER KÄLIN/JÖRG KÜNZLI, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 2. Aufl., Basel 2008, S. 16 ff.

²² KURT PÄRLI, *Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis: völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, Habil. St. Gallen, Bern 2009, Rz. 128–130.

wohl in UN-Menschenrechtsabkommen wie in regionalen Menschenrechtsabkommen mehrfach als verbotene Diskriminierungsgründe erwähnt²³.

Das Diskriminierungsmerkmal «Alter» findet sich in keinem Menschenrechtsvertrag ausdrücklich aufgeführt²⁴. In der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderung²⁵ wird an verschiedenen Stellen auf die Lage älterer Menschen oder von Kindern mit Behinderung Bezug genommen²⁶. Art. 8 Abs. 1 Bst. b. der Konvention hält fest, die Staaten wären verpflichtet «To combat stereotypes, prejudices and harmful practices relating to persons with disabilities, including those based on sex and age, in all areas of life».

Auch der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR)²⁷ sieht kein *ausdrückliches* Diskriminierungsverbot aus Gründen des Alters vor. Die Liste der in Art. 26 IPbPR verankerten Diskriminierungsmerkmale ist nicht abschliessend. Verboten ist auch die Diskriminierung wegen eines «anderen Status». Der für Individualbeschwerden wegen Verletzung des IPbPR zuständige Menschenrechtsausschuss hat in zwei Fällen dargelegt, dass «Alter» als Diskriminierungsmerkmal nach Art. 26 IPbPR anzuerkennen sei. Im Fall «Schmitz de Jong gegen die Niederlande» ging es um die Frage der Zulässigkeit einer Regelung, die einen zu verschiedenen Vergünstigungen berechtigten Seniorenpass Ehepartnern von mindestens 65-jährigen Personen nur dann gewährte, wenn diese (die Ehepartner) selbst mindestens das 60igste Lebensjahr vollendet haben. Frau de Jong, die 44-jährige Ehefrau eines 65-jährigen Mannes machte eine Diskriminierung geltend, weil ihr der Seniorenpass verweigert wurde²⁸. Der Fall «Love et al. gegen Australia»²⁹ betrifft die Altersgrenze von 60 Jahren für Flugpiloten. Auch hier anerkannte der Menschenrechtsausschuss «Alter» als ein nach Art. 26 IPbPR verbotenes Diskriminierungsmerkmal³⁰. In beiden

²³ Siehe dazu die Zusammenstellung bei PÄRLI (Fn. 22), S. 286–287.

²⁴ So auch die Feststellung von TEMMING (Fn. 16), S. 63 ff.

²⁵ UN, A/61/611. Für einen Überblick zur Behindertenkonvention siehe NORMAN WEISS, Die neue UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen – weitere Präzisierung des Menschenrechtsschutzes, in: Menschenrechtsmagazin, 11. Jahrgang 2006, Heft 3, S. 293 ff.

²⁶ Art. 7 Abs. 3 (Kinder mit Behinderungen), Art. 13 (altersgemässe Vorkehrungen zur Verbesserung des Zugangs zur Justiz), Art. 16 Abs. 2 (das Alter berücksichtigende Unterstützungen zur Verhinderung von Ausbeutung und Gewalt), Art. 23 Abs. 1 Bst. b (Anspruch auf altersgemässe Information), Art. 25 Bst. b (besondere Erwähnung von Kindern und älteren Menschen beim Zugang zu Gesundheitsleistungen), Art. 28 Abs. 2 Bst. b (Erwähnung älterer Menschen beim Anspruch auf Zugang zu Programmen für sozialen Schutz und zur Armutsbekämpfung).

²⁷ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, SR 0.103.2.

²⁸ Human Rights Committee (HRC), Communication No. 855/1999, Schmitz de Jong vs. Netherlands.

²⁹ HRC, Communication No. 983/2001, Love et al. vs. Australia.

³⁰ In einem Sondervotum wandte sich ein Richter gegen die Auffassung, «Alter» könne ein Diskriminierungsmerkmal darstellen. Das Merkmal «Alter» sei von den anderen Diskriminierungs-

Fällen hat der Menschenrechtsausschuss die Ungleichbehandlung jedoch als nicht diskriminierend erachtet, da die Anknüpfung an das Alter sachlich und vernünftig war (objective and reasonably).

Der IPbPR enthält somit ein Verbot der Altersdiskriminierung. Zieht man in Betracht, dass der Menschenrechtsausschuss das ursprünglich eher akzessorische Diskriminierungsverbot nach Art. 26 IPbPR zu einem allgemeinen Diskriminierungsverbot ausgeweitet hat³¹, können (fast) beliebige nationale Altersgrenzen-Regelungen am Massstab des im IPbPR verankerten Diskriminierungsverbots überprüft werden. Diese Aussage trifft indes auf die Schweiz gerade nicht zu. Die Schweiz hat gegenüber Art. 26 IPbPR einen Vorbehalt angebracht und sie hat zudem das Fakultativprotokoll für ein Individualbeschwerdeverfahren nicht ratifiziert³².

Für die Internationale Arbeitsorganisation (International Labor Organisation, ILO) bildet der Kampf gegen Diskriminierung bei Arbeit und Beschäftigung eine zentrale Aufgabe³³. Im entsprechenden Übereinkommen Nr. 111³⁴ sind sieben Diskriminierungsmerkmale (Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, Glaubensbekenntnis, politische Meinung, nationale Abstammung und soziale Herkunft) aufgeführt. Für den Sachverständigenausschuss der ILO sind Merkmale wie Behinderung, Langzeitarbeitslosigkeit, HIV/Aids, genetische Veranlagung und *das Alter* ebenfalls Merkmale, aufgrund deren Arbeitnehmende nicht benachteiligt werden dürfen³⁵. Gestützt auf ILO-Übereinkommen Nr. 111 müssen die Staaten für einen wirksamen Schutz vor Diskriminierung – auch aus Gründen des Alters – sorgen³⁶.

merkmalen grundsätzlich zu unterscheiden, jeder Mensch besitze irgendein Alter, HRC, Communication No. 983/2001, Individual Opinion Committee Member Mr. Nisuke Ando.

³¹ In den Fällen «Broeks» (HRC Communication No. 172/1984) und «Zwaan de Vries» (HRC Communication No. 182/1984) legt der Menschenrechtsausschuss dar, dass Art. 26 IPbPR als autonomes und nicht akzessorisches (d.h. auf die Rechte des IPbPR beschränktes) Diskriminierungsverbot handelt, siehe dazu THILO MARAUHN, Social Rights beyond the traditional Welfare States. International instruments and the concept of individual entitlements, in: Eyal Benvenisti/Georg Nolte (Hrsg.), The Welfare State, Globalization and International Law, S. 275 ff., 305.

³² Der Vorbehalt lautet: «Die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz werden nur in Verbindung mit anderen in diesem Pakt enthaltenen Rechten gewährleistet». Damit richtet sich der Vorbehalt ausdrücklich gegen die Erweiterung des Diskriminierungsverbotes durch den Menschenrechtsausschuss. Zum Ganzen siehe dazu PÄRLI (Fn. 22), S. 143 f.

³³ Weiterführende Hinweise zu den Aktivitäten der ILO gegen Diskriminierung bei Arbeit und Beschäftigung siehe bei PÄRLI (Fn. 22), S. 77 ff.

³⁴ Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf, SR 0.822.721.1.

³⁵ International Labor Organisation, Time for equality at work. Global report under the follow-up to ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, International Labour Conference, Genf 2003, S. 33 ff.

³⁶ PÄRLI (Fn. 22), Rz. 311.

Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)³⁷ enthält in Art. 14 ein akzessorisches Diskriminierungsverbot. Das Merkmal «Alter» ist in der nicht abschliessenden Liste der Diskriminierungsmerkmale nicht enthalten. Aus mehreren Entscheiden des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) lässt sich erkennen, dass der EGMR das Alter unter «anderer Status» subsumiert³⁸ und dass somit die Diskriminierung wegen des Alters im Anwendungsbereich der EMRK verboten ist³⁹. Ein ausdrückliches Verbot der Altersdiskriminierung findet sich im zwölften Zusatzprotokoll zur EMRK⁴⁰, das ein allgemeines Diskriminierungsverbot beinhaltet und damit weit über das strikt akzessorische Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK hinausgeht. Einschlägige EGMR-Entscheide sind bis jetzt nicht bekannt. Das Protokoll wurde bis heute erst von 16 Staaten ratifiziert; die Schweiz gehört nicht dazu⁴¹. Das Potential dieses Diskriminierungsverbotes ist beachtlich: Staatlich verordnete Altersgrenzen sind im Lichte des zwölften Zusatzprotokolls am Massstab des Diskriminierungsverbotes zu messen⁴².

Ein Diskriminierungsverbot findet sich auch in Art. E in Teil V der revidierten Europäischen Sozialcharta. Das Merkmal «Alter» ist nicht spezifisch aufgeführt, jedoch ist die Liste der Merkmale nicht abschliessend und «Alter» ist unter «anderer Status» subsumierbar.

«Alter» ist in den völkerrechtlichen Diskriminierungsmerkmalskatalogen nicht ausdrücklich aufgeführt. Insgesamt verdichten sich jedoch die Anzeichen, dass «Alter» im völkerrechtlichen Menschenrechtsschutz zu den verbotenen Diskriminierungsmerkmalen gehört. Benachteiligungen unter Anknüpfung an Altersgrenzen erfordern deshalb von den Staaten besonders dichte Begründungen.

³⁷ Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten EMRK, SR 0.101.

³⁸ EGMR vom 22.10.1981, Nr. 7525/76, *Dudgeon vs. United Kingdom*, Rz. 67–70. Siehe auch: Menschenrechtskommission vom 13.10.1986, Nr. 11077/84, *Nelson vs. United Kingdom*.

³⁹ Auch die Kommentarliteratur zu Art. 14 EMRK führt «Alter» als Grund auf, der unter «anderer Status» zu subsumieren ist, siehe z.B. JOCHEN A. FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, *Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar*, 3. Aufl., Kehl 2009, Rz. 33 zu Art. 14 EMRK.

⁴⁰ Protokoll Nr. 12 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SEV-Nr. 177.

⁴¹ Zum Stand der Ratifikationen siehe: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=8&DF=7/3/2008&CL=GER> (Zugriff: 6.4.2011).

⁴² TEMMING (Fn. 16), S. 76.

B. Altersdiskriminierungsverbot im Recht der Europäischen Union

1. Das primärrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung

Seit dem Inkrafttreten des Lissabon-Vertrages ist die Grundrechtscharta für die Union und für die Mitgliedstaaten – sofern und soweit sie Unionsrecht anwenden⁴³ – rechtsverbindlich. Die Grundrechtscharta enthält in den Art. 20 bis 26 eine Vielzahl von Gleichheitsbestimmungen. Ausgehend vom Grundsatz der Gleichheit aller Personen vor dem Gesetz (Art. 20 Grundrechtscharta folgen in Art. 21 Grundrechtscharta besondere Gleichheitssätze; Diskriminierungen u.a. aus Gründen des Alters sind verboten. Nicht jede Ungleichbehandlung aufgrund des Alters stellt eine Diskriminierung dar, die Ungleichbehandlung bedarf aber einer sachlichen Begründung⁴⁴. Unter «Alter» ist grundsätzlich jedes Lebensalter zu verstehen, verboten sind unsachliche Differenzierungen und Anknüpfung an ein bestimmtes Alter⁴⁵. Demgegenüber widmen sich zwei weitere Bestimmungen im Gleichheitskapitel der Charta spezifisch den Anliegen jüngerer bzw. älterer Menschen. Art. 24 Grundrechtscharta garantiert im Einklang mit den zentralen Wertungen des UN-Übereinkommens über die Rechte des Kindes⁴⁶ einen rechtlich verbindlichen Anspruch auf Schutz und Fürsorge und auf vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohles. In Art. 25 Grundrechtscharta anerkennt und achtet die Union das Recht älterer Menschen auf ein würdiges und unabhängiges Leben und auf Teilhabe im sozialen und kulturellen Leben. Unmittelbare Ansprüche lassen sich aus dieser Bestimmung nicht ableiten, sie hat mehr den Charakter eines Grundsatzes, der gemäss Art. 52 Abs. 5 Grundrechtscharta der Umsetzung bedarf⁴⁷. Das grundrechtliche Diskriminierungsverbot wird durch die Kompetenznorm zum Erlass geeigneter Massnahmen gegen Diskriminierung u.a. aus Gründen des Alters in Art. 19 des Vertrags über die Arbeitsweise der Union (AEUV) ergänzt und konkretisiert⁴⁸. Der Unionsgesetzgeber ist dabei an das primärrechtliche Diskriminierungsverbot gebunden⁴⁹. Der EuGH hat aus diesem Grund Art. 5 Abs. 2 der Genderrichtlinie beim Zugang zu Gütern und Dienstleistun-

⁴³ Art. 51 Grundrechtscharta.

⁴⁴ Siehe dazu Art. 6 RI 2000/78/EG.

⁴⁵ JANNEKE GERARDS, The grounds of Discrimination, in: Dagmar Schiek/Lisa Waddington (Hrsg.), Non-Discrimination Law, Oxford and Portland, Oregon, 2007, S. 148; TEMMING (Fn. 16), S. 433.

⁴⁶ Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes, SR 0.107.

⁴⁷ SVEN HÖLSCHIEDT, in: Jürgen Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Auflage, Baden-Baden, 2011, Rz. 9 zu Art. 25 Grundrechtscharta.

⁴⁸ Die Liste der Diskriminierungsmerkmale in Art. 19 AEUV ist im Gegensatz zu Art. 21 Grundrechtscharta abschliessend. Die Merkmale sind «Alter», «Geschlecht», «Behinderung», «sexuelle Orientierung», «Religion/Weltanschauung» und «Rasse und ethnische Herkunft».

⁴⁹ TEMMING (Fn. 16), S. 371.

gen⁵⁰ als ungültig erklärt. Die Bestimmung hatte den Mitgliedstaaten erlaubt, auf unbeschränkte Dauer weiterhin geschlechtsspezifische Versicherungsprämien zuzulassen⁵¹.

Noch vor dem Lissabon-Vertrag hat der EuGH in der Rechtssache Mangold entschieden, das Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters stelle einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Unionsrechts (damals: Gemeinschaftsrecht) dar⁵². Streitig war eine Bestimmung des deutschen Arbeitsrechts, die für über 52-jährige Arbeitnehmende unbeschränkt befristete Arbeitsverhältnisse vorsah. Der EuGH prüfte diese altersbedingte Ungleichbehandlung am Massstab der Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG und stellte fest, dass Deutschland die Behauptung, diese Massnahme bewirke eine bessere Integration älterer Arbeitnehmender in den Arbeitsmarkt, nicht genügend belegen konnte⁵³. Darüber hinaus stellte der Gerichtshof fest, dass durch die deutsche Regelung auch der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz als Teil des ungeschriebenen Primärrechts verletzt wurde. Das sekundärrechtlich in der Richtlinie 2000/78/EG verankerte Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters stelle lediglich die Konkretisierung des primärrechtlichen Gleichbehandlungsgebots dar⁵⁴. Das primärrechtlich verankerte Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters hat zur Folge, dass der deutsche Richter kraft Anwendungsvorrangs des Unionsrechts dem fraglichen nationalen Recht die Anwendung versagen konnte, obwohl im konkreten Fall die Umsetzungsfrist für die Richtlinie 2000/78/EG noch nicht abgelaufen war⁵⁵.

Die Entscheidung Mangold wurde in der Rechtswissenschaft und zum Teil auch durch die Generalanwälte des Gerichts heftig kritisiert⁵⁶. Mit Blick auf die Nach-Mangold-Entscheide des EuGH⁵⁷ und auf die mit Inkrafttreten des Lissabon-Vertrages rechtsverbindlich erklärte Grundrechtscharta bildet das Diskriminierungs-

⁵⁰ Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, Amtsblatt der Europäischen Union (ABl.) L 373, S. 37.

⁵¹ EuGH v. 1.3.2011, Rs. C-236/09, siehe dazu die Besprechung von KURT PÄRLI, Verbot geschlechtsspezifischer Prämien bei Versicherungsverträgen, HAVE 2/2011, S. 153 ff.

⁵² EuGH v. 22.11.2005, Rs. C-144/04, Mangold.

⁵³ EuGH v. 22.11.2005, Rs. C-144/04, Mangold, Rz. 42–45, 65, 78.

⁵⁴ EuGH v. 22.11.2005, Rs. C-144/04, Mangold, Rz. 75.

⁵⁵ EuGH v. 22.11.2005, Rs. C-144/04, Mangold, Rz. 77.

⁵⁶ Kritisch z.B. JOBST-HUBERTUS BAUER, Ein Stück aus dem Tollhaus: Altersbefristung und der EuGH, NZA 2005, Heft 14, S. 800; MARTIN BROCK/NORBERT WINDELN, Zur unmittelbaren Drittwirkung des gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbotes, EWiR, 2005/23, S. 870 f.; GREGOR THÜSING, Europarechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz als Bindung des Arbeitgebers?, ZIP 48/2005, S. 2149 ff. Kritisch auch General Mazák in seinen Schlussanträgen vom 15.2.2007 in der Rs. C-411/05, Palacios de Villa (die Schlussfolgerungen in der Rechtssache Mangold seien nicht zwingend, Rz. 94).

⁵⁷ EuGH v. 16.10.2007, Rs. C-411/05, Palacios de Villa, Rz. 68; EuGH v. 19.1.2010, Rs. C-555/07, Küçükdeveci, Rz. 50, 51, 54.

verbot aufgrund des Alters heute fester Bestandteil des unionsrechtlichen Diskriminierungsschutzes.

2. Sekundärrechtliche Konkretisierung

a) Verbot der Altersdiskriminierung im Bereich Arbeit und Beschäftigung

Gestützt auf Art. 19 AEUV hat die EU im Jahre 2000 die Rahmenrichtlinie 2000/78/EG zur Bekämpfung von Diskriminierung aus den Gründen «Alter», «Behinderung», «Religion/Weltanschauung» und «Sexuelle Orientierung» im Bereich Arbeit und Beschäftigung erlassen. Die Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten zu einem umfassenden Schutz vor Diskriminierung im ganzen Lebenszyklus eines Arbeitsverhältnisses⁵⁸. Erfasst sind insbesondere auch betriebliche Sozialleistungen⁵⁹, nach Art. 3 Abs. 3 RI 2000/78/EG jedoch nicht Leistungen aus staatlichen Systemen der sozialen Sicherheit und des sozialen Schutzes.

Eine unmittelbare (direkte) Diskriminierung wegen des Alters liegt nach Art. 2 Abs. 2 Bst. a RI 2000/78/EG vor, wenn eine Person wegen des Alters in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Verboten ist nach Art. 2 Abs. 2 Bst. b RI 2000/78/EG auch die mittelbare (indirekte) Diskriminierung. Eine solche basiert auf «dem Anschein nach neutralen Vorschriften, Kriterien oder Verfahren», die Personen wegen ihres Alters in besonderer Weise benachteiligen. Die Rahmenrichtlinie gewährt Rechtfertigungsmöglichkeiten für Ungleichbehandlungen aufgrund des Alters.

Die Mitgliedstaaten können nach Art. 4 RI 2000/78/EG vorsehen, dass eine Ungleichbehandlung unter unmittelbarer Anknüpfung an das Alter dann keine Diskriminierung darstellt, wenn das Alter eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt. Voraussetzung ist weiter, dass mit der Ungleichbehandlung ein rechtmässiger Zweck verfolgt wird und dass es sich um eine angemessene Anforderung handelt. In Frage kommen hier Mindest- und Höchstaltersgrenzen für sicherheitsrechtlich und sicherheitstechnisch besonders sensible Berufe wie Piloten oder Berufsschauffeure. Weit heikler sind Altersgrenzen unter Berufung auf Kundenpräferenzen. Darf ein auf jugendliche Kundinnen und Kunden ausgerichtetes Unternehmen ältere Bewerbende ablehnen, weil die Kundschaft lieber von jüngeren Angestellten bedient wird⁶⁰? In der Rechtssache Feryn rechtfertigte die Arbeitgeberin ihre Weigerung, marokkanische Monteure einzustellen, mit Kundenwünschen⁶¹. Der

⁵⁸ Siehe dazu umfassend: PÄRLI, (Fn. 22), Rz. 1122 ff.

⁵⁹ EuGH v. 1.4.2008, Rs. C-267/06, Maruko.

⁶⁰ Zur Problematik der Kundenanliegen und des Authentizitätsschutzes siehe PÄRLI (Fn. 22), Rz. 1230.

⁶¹ EuGH v. 10.7.2008, Rs. C-54/07, Feryn.

EuGH ging gar nicht auf diese Rechtfertigung ein und stellte fest, die entsprechenden Äusserungen des Arbeitgebers in der Öffentlichkeit erfüllten den Tatbestand einer Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft⁶². In den Schlussanträgen zur Rechtssache Feryn weist Generalanwalt Maduro darauf hin, dass diskriminierende Märkte gerade die Notwendigkeit eines regulierenden Eingreifens veranschaulichen würden, Märkte wären keine Heilmittel gegen Diskriminierung⁶³.

In Art. 6 RI 2000/78/EG sind eine Reihe von Gründen vorgesehen, aufgrund derer die Mitgliedstaaten eine Ungleichbehandlung aufgrund des Alters vorsehen können. Nach Art. 6 Abs. 1 RI 2000/78/EG sind Ungleichbehandlungen aufgrund des Alters dann keine verbotene Diskriminierung, wenn sie objektiv und angemessen sind und ein legitimes Ziel – namentlich in den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung – verfolgen und überdies die zur Erreichung dieses Ziels eingesetzten Mittel verhältnismässig sind. In Art. 6 Abs. 1 Bst. a bis c RI 2000/78/EG werden Beispiele solcher zulässigen Einschränkungen aufgeführt. Erwähnt wird z.B. die Festlegung besonderer Bedingungen für den Zugang zur Beschäftigung um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen, älteren Personen oder Personen mit Fürsorgepflichten zu fördern (Bst. a) oder die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung aufgrund spezifischer Ausbildungsanforderungen eines bestimmten Arbeitsplatzes oder aufgrund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand (Bst. c). Altersbedingte Ungleichbehandlungen sind weiter zulässig für die Festsetzung von Altersgrenzen als Voraussetzung für die Mitgliedschaft oder für den Bezug von Altersrenten in Systemen der betrieblichen Vorsorge (Art. 6 Abs. 2 RI 2000/78/EG).

b) Verbot der Altersdiskriminierung in anderen Bereichen

Das primärrechtliche Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters beschränkt sich nicht auf die Arbeitswelt. Die Kompetenznorm zur sekundärrechtlichen Konkretisierung in Art. 19 AEUV sieht ebenfalls keine Beschränkung vor. Mehrere Richtlinien sehen für die Merkmale «Geschlecht» und «Rasse und ethnische Herkunft» einen Schutz vor Diskriminierung sowohl in den Bereichen Arbeit und Beschäftigung wie darüber hinaus bei der Sozialen Sicherheit, Gesundheit- und Sozialschutz, Bildung sowie bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen einschliesslich Wohnraum vor⁶⁴.

⁶² EuGH v. 10.7.2008, Rs. C-54/07, Feryn, Rz. 24, 25.

⁶³ Schlussanträge GA Maduro v. 12.3.2008 in der Rs. 54/07, Feryn, Rz. 18.

⁶⁴ Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. L 180, S. 22; Richtlinie 2006/54/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, ABl. L 204, S. 23; Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom

Die Ausdehnung des sachlichen Anwendungsbereichs der Diskriminierungsverbote «Alter», «Behinderung», «sexuelle Orientierung» und «Religion oder Weltanschauung» auf Güter, Dienstleistungen, Soziale Sicherheit und Bildung steht noch aus. Ein entsprechender Kommissionsentwurf liegt vor⁶⁵ und bedarf noch der Zustimmung des Rates (Das Europäische Parlament hat dem Entwurf im Grundsatz zugestimmt und einige Änderungen vorgeschlagen⁶⁶). Der Richtlinienentwurf sieht u.a. recht weitgehende Restriktionen für Versicherer bei der Festsetzung von Prämien unter Berücksichtigung des Alters vor. Nach dem Willen des Europäischen Parlaments müssen das Alter betreffende versicherungsmathematische Faktoren «die positiven Veränderungen bei der Lebenserwartung und in Bezug auf ein aktives Altern sowie die verbesserte Mobilität und Zugänglichkeit für Menschen mit Behinderungen widerspiegeln»⁶⁷.

III. Rechtfertigungsgründe für Altersgrenzen

A. Schweizerische Gerichtspraxis

Die schweizerische Rechtsordnung kennt zahlreiche Altersgrenzen, die zum Teil in einem Gesetz, zum Teil aber auch nur auf Verordnungsstufe geregelt sind. Das Erreichen eines bestimmten Lebensalters schliesst von Berechtigungen aus, führt zu bestimmten Verpflichtungen oder bildet Anspruchsvoraussetzung für den Bezug von Leistungen. Trifft der Gesetz- bzw. Verordnungsgeber Unterscheidungen aufgrund des Alters, so bedarf dies sachlicher Gründe. Im Kontext einer zunehmenden Sensibilisierung gegenüber Diskriminierungen haben die Gerichte vermehrt die Legitimität von Gründen für Altersgrenzen im Lichte von Art. 8 Abs. 2 BV zu überprüfen. Eine Reihe neuerer Urteile zeigt, dass die Gerichte gesetzliche Höchstaltersgrenzen in verschiedensten Lebensbereichen regelmässig als zulässig erachten.

13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. L 373, S. 37

⁶⁵ Vorschlag für eine Richtlinie zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung ausserhalb des Arbeitsmarktes, KOM/2008/0426 endg.

⁶⁶ Beschluss des Europäischen Parlaments vom 2. April 2009, Bericht: (A6-0149/2009) – Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung.

⁶⁷ Abänderungen Nr. 87 und 44 des Europäischen Parlaments zu Art. 2 Abs. 7 des Vorschlages der Kommission (Fn. 65), legislative Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 2. April 2009, P6_TA(2009)0211.

In der Einleitung wurde bereits auf die in BGE 124 I 297 streitigen Altersgrenzen für Notare hingewiesen. Solche sind gemäss Bundesgericht zulässig, da im Alter die körperlichen und geistigen Fähigkeiten abnehmen würden⁶⁸. In die gleiche Richtung zielt der Entscheid des Bundesgerichts vom 28. Mai 2003 über die Zulässigkeit der zweijährlichen vertrauensärztlichen Kontrolluntersuchung für ältere Fahrzeuglenkerinnen und Fahrzeuglenker⁶⁹. Nach den Bestimmungen des Strassenverkehrsgesetzes darf der Führerausweis entzogen werden, wenn die Fahrzeugführer wegen körperlichen oder geistigen Krankheiten oder Gebrechen daran gehindert sind, ein Fahrzeug sicher zu führen⁷⁰. Die Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr sieht vor, dass sich Fahrzeuglenker/innen ab dem 70igsten Altersjahr zweijährlich einer vertrauensärztlichen Überprüfung ihres Gesundheitszustandes zu unterziehen haben⁷¹. Das Bundesgericht sieht darin keine unzulässige Diskriminierung betagter Personen. Sämtliche Fahrzeuglenker hätten jederzeit den medizinischen Anforderungen zu genügen. Ab einem bestimmten Alter liessen sich Zweifel an der gesundheitlichen Eignung sachlich begründen. Die Massnahme diene sowohl dem Schutz der Allgemeinheit wie dem der betroffenen Personen selber⁷².

Die fragliche Regelung führt zu einem Generalisierungsunrecht. Einerseits würde auch bei vielen unter 70-jährigen Autofahrer/innen Grund für eine regelmässige Überprüfung der medizinischen Tauglichkeit bestehen und andererseits bietet die gesundheitliche Situation vieler über 70-Jähriger keinen Anhaltspunkt für eine Überprüfung der medizinischen Tauglichkeit. Die Folgen dieses Generalisierungsunrechts sind jedoch nicht besonders gravierend. Die Pflicht, sich ab dem 70igsten Altersjahr zweijährlich einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen, führt nur dann zu einem Ausschluss von der Berechtigung, ein Fahrzeug zu lenken, wenn sich die durch den generalisierenden Gesetzgeber getätigte Vermutung, die Fahreignung nehme ab einem bestimmten Altersjahr ab, bestätigt. Fällt die medizinische Prüfung positiv aus, besteht weiterhin die Berechtigung, am Strassenverkehr teilzunehmen.

Weitaus grössere Konsequenzen hat die in der Leistungsverordnung zum Krankenversicherungsgesetz festgesetzte Altersgrenze von 65 Jahren in Bezug auf die Kos-

⁶⁸ BGE 124 I 297 E. 4 (Altersgrenze von 70 Jahren für freie Notare im Kanton Neuenburg), bestätigt in BGE 133 I 259 E. 4.2. In dieser Entscheidung ging es um die Zulässigkeit der Senkung der Altersgrenze für Notare von 80ig auf neu 77ig Jahren im Kanton Basel-Stadt.

⁶⁹ BGer. 28.05.2003, 2A.234/2003.

⁷⁰ Art. 14 Abs. 2 Bst. b Strassenverkehrsgesetz (SVG, SR 741.01) in Verbindung mit Art. 16 Abs. 1 SVG.

⁷¹ Art. 27 Abs. 1 lit. b Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr (VZV, SR 741.51).

⁷² BGer. 28.05.2003, 2A.234/2003, E. 2.2.2. Siehe zur Thematik auch den parlamentarischen Vorstoss von Ständerat Maximilian Reimann, Nr. 10.3448 «Diskriminierung der über 70-jährigen Autolenker?».

tenübernahmepflicht der sozialen Krankenversicherung einer chirurgischen Behandlung bei Adipositas⁷³. In BGE 136 I 121 kam das Bundesgericht entgegen der Auffassung der Vorinstanz zum Schluss, die Altersgrenze (im fraglichen Zeitpunkt galt noch die Grenze von 60 Jahren) sei aus hauptsächlich zwei Gründen sachgerecht. Zum einen nehme die Sterbewahrscheinlichkeit als Folge des Übergewichts mit zunehmendem Alter ab, womit den im Krankenversicherungsgesetz für die Kostenübernahme geforderten Kriterien der Wirksamkeit und Zweckmässigkeit Rechnung getragen werde. Zum anderen sei die medizinische Indikation nicht mehr gegeben. Die Gefahren, die mit dem chirurgischen Eingriff verbunden sind, wären im Verhältnis zum therapeutischen Nutzen zu gross⁷⁴. Für den Versicherten bedeutet das bundesgerichtliche Urteil, dass er die Kosten für die Magenbandoperation in der Höhe von 24'955 Franken selber bezahlen muss.

Rechtliche Altersgrenzen beeinflussen auch die beruflichen Perspektiven. Zwar hat die Berufswahl- und Berufsausübungsfreiheit als Teil der verfassungsrechtlich geschützten Wirtschaftsfreiheit in der Schweiz einen hohen Stellenwert. Der Staat darf nur mit äusserster Zurückhaltung in diese Rechte eingreifen. Diese Schranke wirkt sich indes vorwiegend im Bereich der Eingriffsverwaltung aus. Anders sieht es in der Leistungsverwaltung aus. Sieht der Gesetzgeber zur Förderung bestimmter wirtschaftlicher Aktivitäten Leistungen vor, so knüpft er diese regelmässig an Altersgrenzen. Einem 48-jährigen Wissenschaftler wurde vom Schweizerischen Nationalfonds u.a. mit dem Verweis auf sein fortgeschrittenes Alter beschieden, er komme für ein Stipendium für «angehende Forscher» nicht in Frage. Das einschlägige Reglement sieht zwar keine formelle Altersgrenze vor. Daraus darf aber gemäss dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 7. Mai 2010 nicht auf ein absolutes Anknüpfungsverbot an das Kriterium Alter geschlossen werden. Eine Diskriminierung wegen des Alters liege nicht vor, wenn die Vorinstanz die Erfolgsaussichten eines 48-jährigen Wissenschaftlers auf eine akademische Karriere als gering erachtet und deshalb ein Forschungsstipendium ablehnt⁷⁵.

Etwas anders gelagert ist die Ausgangslage in einem Entscheid des Bundesgerichts vom 7. Juni 2004⁷⁶. Art. 19 der Verordnung über die Direktzahlungen in der Landwirtschaft bestimmt, dass Landwirte, die vor dem ersten Januar des Beitragsjahres das 65. Altersjahr erreicht haben, keine Direktzahlungen mehr erhalten⁷⁷. Das Bun-

⁷³ Ziff. 1.1 des Anhangs zur Verordnung über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung vom 29. September 1995 (Krankenpflege-Leistungsverordnung, KLV, SR 832.112.31).

⁷⁴ BGE 136 I 121 E. 5.3.

⁷⁵ Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 7. Mai 2010, B-4569/2009.

⁷⁶ BGer. 07.06.2004, 2A.294/2004.

⁷⁷ Die Altersgrenze ist in Art. 19 der Verordnung über die Direktzahlungen an die Landwirtschaft vom 7. Dezember 1998 (Direktzahlungsverordnung, DZV, SR 910.13) festgelegt und stützt sich auf Art. 70 Abs. 5 des Bundesgesetzes über die Landwirtschaft (Landwirtschaftsgesetz, LWG, SR 910.1).

desgericht hat die Rechtmässigkeit dieser Altersgrenze bejaht. Die Direktzahlungen würden lediglich einen bestimmten Teil des Einkommens eines Landwirtschaftsbetriebes ausmachen an dessen Stelle würden bei Erreichen des Pensionsalters die Leistungen der AHV treten. Die Altergrenze für Direktzahlungen sei deshalb sachlich begründet und stelle keine Diskriminierung aufgrund des Alters dar⁷⁸.

B. Rechtfertigungspraxis des EuGH

Wie weiter oben dargelegt wurde, ist im Recht der europäischen Union der primärrechtliche Grundsatz des Verbots der Altersdiskriminierung sekundärrechtlich vorerst nur für den Bereich Arbeit und Beschäftigung konkretisiert. Die entsprechende Rahmenrichtlinie 2000/78/EG sieht überdies eine Reihe von Rechtfertigungsmöglichkeiten für altersbedingte Ungleichbehandlungen vor. Wie ein Blick auf die nachfolgenden Urteile zeigt, lässt der EuGH Rechtfertigungsmöglichkeiten bezüglich Höchstaltersgrenzen recht grosszügig zu.

In der Rechtssache Wolf hat der EuGH das Höchsteintrittsalter 30ig für den Eintritt in die Berufsfeuerwehr als zulässig erachtet⁷⁹. Zwar stelle diese Altergrenze eine Ungleichbehandlung wegen des Alters dar. Diese sei jedoch unter mehreren Aspekten gerechtfertigt. Die Höchstaltersgrenze ziele darauf ab, die Einsatzbereitschaft und das ordnungsgemässe Funktionieren der Berufsfeuerwehr zu gewährleisten, was einen rechtmässigen Zweck darstelle. Ausserdem könne eine besonders ausgeprägte körperliche Eignung – wie sie nur jüngere Beamte aufwiesen – als eine für die Berufsausübung im mittleren feuerwehrtechnischen Dienst (insbes. Brandbekämpfung und Personenrettung) wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie angesehen werden.

Mehrfach hat der EuGH gesetzliche oder (tarif)vertragliche Regelungen, wonach das Arbeitsalter mit Erreichen des Pensionierungsalters automatisch endet, mit dem Gleichbehandlungsgebot aufgrund des Alters vereinbar erklärt. In der ersten Entscheidung, Palacios de Villa, akzeptierte der EuGH eine Regelung des spanischen Arbeitsrechts, wonach Tarifverträge das Rücktrittsalter 65 vorsehen können. Für den EuGH war wichtig, dass Arbeitnehmende, die für die Altersleistung der Sozialversicherung noch nicht die erforderlichen Beitragsjahre erfüllt haben, bis zur Vervollständigung der Wartezeit weiterarbeiten können⁸⁰. In der Rechtssache Age Concern bekräftigte der EuGH, dass gesetzliche Vorschriften über Entlassungsmöglichkeiten im Falle des Erreichens des gesetzlichen Ruhestandsalters in den Anwen-

⁷⁸ BGer. 07.06.2004, 2A.292/2004, E. 2.2.2.

⁷⁹ EuGH v. 12.01.2010, Rs. C-229/08, Wolf.

⁸⁰ EuGH v. 16.10.2007, Rs. C-411/05, Palacios de Villa.

dungsbereich der Diskriminierungsrichtlinien fallen. Nationale Rechtsvorschriften dürften jedoch die Entlassung von Arbeitnehmenden aus Gründen der Pensionierung vorsehen, soweit damit legitime sozialpolitische Ziele umgesetzt werden sollen⁸¹. Nach dem Urteil Rosenblatt dürfen Tarifvertragsparteien eine allgemeine «Altersgrenze 65» festlegen, mit deren Erreichen das Arbeitsverhältnis automatisch endet. Ebenso zulässig ist, dass ein solcher Tarifvertrag durch den Staat für allgemeinverbindlich erklärt wird⁸². Der EuGH anerkannte das Argument Deutschlands, die automatische Beendigung des Rentenalters sei Ausdruck eines allgemeinen politischen und sozialen Konsenses über die Arbeitsteilung zwischen den Generationen⁸³.

In der Rechtssache Georgiev prüfte der EuGH die Zulässigkeit einer bulgarischen Regelung, die vorsieht, dass Universitätsprofessoren ab Vollendung des 65igsten Lebensjahres nur noch aufgrund eines auf ein Jahr befristeten und höchstens zweimal verlängerbaren Vertrags fortsetzen können. Spätestens mit 68 Jahren werden Universitätsprofessoren zwangspensioniert⁸⁴. Für den EuGH stellt die Förderung der Einstellung jüngerer Arbeitskräfte ein legitimes Ziel der Sozial- und Beschäftigungspolitik dar, die ein Abweichen vom Grundsatz der Gleichbehandlung aufgrund des Alters rechtfertigt⁸⁵. Die mit der erzwungenen Berufsaufgabe älterer Professoren einhergehende Durchmischung der Generationen begünstige zudem die Zusammenarbeit von Lehrkräften und Forschern verschiedener Generationen, den Erfahrungsaustausch, die Innovation und damit die Qualität der Lehre und Forschung an den Universitäten⁸⁶. Im Ergebnis kommt der EuGH zum Schluss, Gründe wie die Schaffung einer hochwertigen Lehre und die optimale Verteilung der Professorenstellen auf die Generationen seien legitime Gründe für die Zwangspensionierung. Das vorliegende bulgarische Gericht muss nun prüfen, ob die Voraussetzungen im konkreten Fall erfüllt sind.

Unzulässig ist dagegen gemäss der Rechtssache Petersen das mit dem Gesundheitsschutz der Patienten/innen begründete Pflichtrücktrittsalter 68 für Zahnärzte/innen, die zu Lasten der Sozialversicherung tätig sind⁸⁷. Der Gesundheitsschutz für Patienten/innen ist zwar ein vom EuGH anerkanntes legitimes Ziel für eine Ungleichbehandlung aufgrund des Alters. Das Pflichtrücktrittsalter gilt jedoch nur für Vertrags-

⁸¹ EuGH v. 05.03.2009, Rs. C-388/07, Age Concern.

⁸² EuGH v. 12.10.2010, Rs. C-45/09, Rosenblatt.

⁸³ EuGH v. 12.10.2010, Rs. C-45/09, Rosenblatt, Rz. 43–45.

⁸⁴ EuGH v. 18.11.2010, Rs. C-250/09, Georgiev.

⁸⁵ EuGH v. 18.11.2010, Rs. C-250/09, Georgiev, Rz. 45.

⁸⁶ EuGH v. 18.11.2010, Rs. C-250/09, Georgiev, Rz. 46.

⁸⁷ EuGH v. 12.01.2010, Rs. C-341/08, Petersen.

zahnärzte, womit das Argument des Gesundheitsschutzes der Patienten/innen als widersprüchlich entlarvt ist⁸⁸.

Wesentlich aufgeschlossener zeigt sich der EuGH gegenüber Benachteiligungen jüngerer Arbeitnehmenden. So ist eine Regelung im österreichischen Arbeitsrecht, wonach Dienstjahre unter 18 Jahren nicht an die Gehaltsberechnungen angerechnet werden, unzulässig (Rechtssache Hütter)⁸⁹. Ähnlich fiel die Entscheidung Küçükdeveci aus: Die deutsche Regelung, wonach für die Berechnung der Kündigungsfristen Dienstjahre vor dem 25igsten Altersjahr nicht angerechnet werden, ist eine Ungleichbehandlung aufgrund des Alters, die nicht durch ein rechtmässiges Ziel gerechtfertigt werden kann⁹⁰.

C. Fazit

Die Analyse der Rechtsprechung zeigt, dass die Gerichte dazu tendieren, für altersbedingte Ungleichbehandlungen recht grosszügig Rechtfertigungen zuzulassen. Hintergrund ist eine Wertungsentscheid über die Bedeutung des Diskriminierungsverbotes wegen des Alters. Im Urteil über die Zulässigkeit einer Altersgrenze für landwirtschaftliche Direktzahlungen hält das Bundesgericht fest: «In Bezug auf das Alter gelten zudem – gegenüber dem allgemeinen Gleichbehandlungsgebot – keine wesentlich höheren Anforderungen an die Rechtfertigung einer allfälligen (diskriminierenden) Ungleichbehandlung».⁹¹ Auch nach der EuGH-Rechtsprechung hat das Diskriminierungsverbot wegen des Alters im Vergleich zu den Diskriminierungsverboten wegen des Geschlechts oder auch wegen der Rasse oder der ethnischen Herkunft einen weniger hohen Stellenwert.

Die Begründungen für die Zulässigkeit von altersbedingter Ungleichbehandlung überzeugen nicht immer. So ist z.B. nicht belegt, dass Fahrzeuglenker/innen über 70 Jahren häufiger Unfälle verursachen als solche, die das 70igste Altersjahr noch nicht erreicht haben. Zweifel sind weiter an den meist unbelegten Äusserungen erlaubt, wonach die Zwangspensionierung älterer Arbeitnehmer/innen tatsächlich

⁸⁸ Der EuGH weist auf eine andere Rechtfertigungsmöglichkeit hin. Sollte nämlich die deutsche Regelung darauf gerichtet sein, die Berufschancen zwischen den Generationen innerhalb der Berufsgruppe der Vertragszahnärzte zu verteilen, so könne das grundsätzlich ein legitimes Ziel im Sinne Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie sein. Welchen Zweck der Gesetzgeber mit der Altersgrenze für Vertragszahnärzte verfolgt habe, müsse vom vorlegenden Gericht geklärt werden.

⁸⁹ EuGH v. 18.06.2009, Rs. C-88/08, Hütter.

⁹⁰ EuGH v. 19.01.2010, Rs. C-555/07, Küçükdeveci.

⁹¹ BGer. 07.06.2004, 2A.292/2004, E. 2.2.2.

dazu führe, dass jüngere Arbeitskräfte einen erleichterten Einstieg in den Arbeitsmarkt finden⁹².

⁹² Siehe z.B. HILKE BROCKMANN: Eine mikro-ökonomische Innenansicht der Frühverrentung – ein falsch genutztes Politikkonzept?, Berlin 2000 (Publikation des Unternehmerinstituts ASU, Berlin).

